



ALGUMAS POSSIBILIDADES DE RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DO INTERESSE PÚBLICO

VALESCHKA E SILVA BRAGA

Advogada da União na Procuradoria da União no Ceará

Mestre em Direito Público pela UFPE

Professora da Direito Constitucional da Faculdade Christus e

Faculdade Integrada do Ceará

Sumário: 1. Introdução – 2. Direitos Fundamentais – 3. Colisão de Direitos Fundamentais – 4. Restrição dos Direitos Fundamentais – 4.1 Restrições em face do interesse público – 5. Conclusão

1. Introdução

A Constituição é a norma suprema, lei superior, pois todas as demais normas devem encontrar nela o fundamento de validade. Ela é a fonte soberana de produção normativa e todas as normas nela contidas possuem juridicidade, vinculatividade e efetiva normatividade.

Não há que se falar, no entanto, contemporaneamente, em Constituição que não garanta direitos aos indivíduos (quer sejam eles nacio-

nais, quer estrangeiros¹). Aliás, expressou essa idéia o Art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (datado de 26.08.1789), decorrente do ideário efervescente na Revolução Francesa: *A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes não tem Constituição.*²

Assim, além de normatizar a organização estatal, fundamentar a ordem jurídica da comunidade e estabelecer programas de ação ao Estado³, racionaliza o exercício dos

¹ Cf. art. 5º, *caput*, CF/88.

² “*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation du pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*” *apud* Dantas, Ivo. *Princípios...* p.16

³ Segundo Luís Roberto Barroso, ao instituir um *novo* Estado: “a) organiza o exercício do poder político; b) define os direitos fundamentais do povo e c) estabelece determinados princípios e traça fins públicos a serem alcançados.” BARROSO, Luís Roberto. *Eficácia e*

poderes públicos e lhes impõe limites, visando a salvaguarda dos direitos individuais.⁴

Em outras palavras, além da ordenação político-jurídica do Estado e da distribuição de competências e poderes aos seus órgãos, de forma que os exerçam de forma a se auto-limitar (através de um sistema de freios e contrapesos), a Constituição moderna deve prever *um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia*.⁵

E a Constituição da República Federativa do Brasil, datada de 05 de outubro de 1988, não poderia atuar de forma diferente no ordenamento jurídico. Ela possui como característica ser *marcadamente principiológica*, dispondo de inúmeros vetores em seu corpo, que, dentre outras funções, orientam a edição de normas jurídicas.

Dentre essas normas de caráter principiológico encontram-se os direitos fundamentais, que, conforme se verá, em rápidas pinceladas,

não se encontram taxativamente previstos no art. 5º da CF/88.

O tema que ora se propõe pode, facilmente, fazer muita gente franzir o cenho, considerando óbvia a impossibilidade de restrição de direitos fundamentais em face do interesse público. No entanto, a questão não é tão simples e, segundo veremos, tem perspectiva, sim, possível.

2. Direitos Fundamentais

Os direitos humanos são *inerentes a toda pessoa humana, são, portanto, anteriores e superiores a qualquer forma de organização política e sua salvaguarda não se esgota assim na ação do Estado*.⁶

A doutrina costuma distinguir os Direitos Humanos dos Fundamentais, expressando serem os primeiros a essência prevista no plano internacional, enquanto os últimos são a positivação daqueles num ordenamento estatal.⁷

Não há como se entender os direitos fundamentais exclusiva-

efetividade do direito à liberdade. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. V, p. 13-26, 2000, p. 16.

⁴ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1420-1424.

⁵ *Ibid.*, p. 52.

⁶ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Série Prometeu/Edições Humanidades. Brasília: Universidade de Brasília, 2000, p. 19.

⁷ Enquanto os direitos humanos possuem caráter supra-nacional, os fundamentais têm eficácia prevista pelos ordenamentos estatais (nacionais).

mente como regras, pois a solução de seus conflitos seria através da sua exclusão, ou a abertura de uma cláusula de exceção⁸, o que acabaria por aniquilá-los. Assim, adotando as lições de Alexy, deve-se visualizar tais direitos como modelo misto, de regras e princípios,⁹ sendo, normalmente, através da dimensão de peso, de precedência condicionada às circunstâncias do caso, solvidas suas colisões.

Diante de sua alta relevância para os Estados Modernos, encontram-se os direitos fundamentais normalmente previstos em suas Constituições, sem que isso exclua a ampliação de seu rol através de leis e de convenções internacionais.

A Constituição Federal de 1988 deixa bastante claro que o rol de direitos e garantias nela expressos não é taxativo, pois *não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte* (art. 5º, §2º).

Diante dessa redação, observa-se que existem vários outros direitos fundamentais espalhados no próprio texto constitucional, *v.g.* livre iniciativa (art. 170, também considerada fundamento da República Federativa do Brasil, art. 1º, IV), direitos sociais (art. 6º), meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) etc. Tanto é assim que o Supremo Tribunal já decidiu que as limitações ao poder de tributar constituem direitos fundamentais.¹⁰

Ressalte-se que, ao estabelecer as cláusulas péticas, o constituinte originário limitou¹¹ o campo de atuação do legislador constitucional derivado, impedindo-o de reformar quaisquer dos princípios elencados no art. 60 da Constituição Federal de 1988, dentre os quais os direitos e garantias individuais (inciso IV).

Destarte, como os direitos fundamentais são cláusulas péticas, nem o constituinte derivado nem o legislador ordinário podem suprimi-los do ordenamento jurídico. Isso

⁸ Esclareça-se que, através da cláusula de exceção se pré-determina que, dadas as circunstâncias, uma delas seja afastada (Ex. mesmo existindo norma que proíba ausentar-se das salas de aula antes do sinal sonoro indicativo do término das lições, em caso de incêndio, os alunos são obrigados a abandonar aquele recinto). Aliás, essa cláusula é introduzida na regra exatamente para a remoção de eventuais conflitos, valendo-se de um critério prévio de especialidade para a solução da antinomia.

⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 138.

¹⁰ MS n. 23.452-RJ, decisão de 16/09/1999, publicada no DJ de 12/05/00, p. 20.

¹¹ Limitações formais (art. 60, *caput* e §2º), materiais (art. 60, §4º) e circunstanciais (art. 60, §1º).

não quer dizer, no entanto, que eles não possam ser relativizados, quando estiverem em conflito entre si ou quando se puder estabelecer uma restrição razoável.

Ademais, é claro que os direitos fundamentais não são absolutos pois: 1) não podem ser utilizados para fins de atividade ilícita; 2) não permitem a isenção da responsabilidade civil e penal; 3) devem conviver com os demais direitos previstos na Constituição; 4) não podem eliminar iguais direitos de outra(s) pessoa(s).

Aliás, o Supremo Tribunal Federal já assentou:

“OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o subs-

trato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.”¹²

Em relação, ainda, à ausência de absolutividade dos Direitos Fundamentais observe-se que, no Estado de Defesa (art. 136, §1º, CF/88) e no Estado de Sítio (art. 137, CF/88), enquanto vigorarem as situações extraordinárias que os permitem, poderão ser limitados o direito de reunião, de privacidade (sigilo de correspondência e de comunicação telegráfica e telefônica) e suspensas outras garantias constitucionais (art. 138, *caput*, CF/88). Ora, se os direitos fundamentais fossem realmente absolutos, jamais poderia haver tais restrições, ainda que temporárias!

Desta forma, a sociedade aceita que os direitos fundamentais não sejam considerados tão absolutos que deixem de admitir limitações em determinadas circunstâncias. No entanto, essa restrição deve ser a mínima possível, não indo além do que a situação exige, devendo ser maior a justificação à medida que for maior a interferência.

¹² Mandado de Segurança n. 23.452-RJ, Relator: Min. Celso de Mello, decisão de 16/09/1999, publicada no DJ de 12/05/00, p. 20.

3. Colisão de Direitos Fundamentais

Embora os direitos fundamentais não sejam incondicionais, como possuem natureza marcadamente principiológica, não podem ser aniquilados, pois servem de diretrizes do ordenamento jurídico, *ostentando uma fundamentalidade que se põe como condição insuperável de preservação do edifício constitucional*.¹³

É que os princípios, como se sabe, possuem alto grau de indeterminação.¹⁴ Ora, se é verdade que os princípios devem ser realizados em sua máxima extensão, muitas vezes não lhes podemos identificar o seu sentido imediatamente, sendo necessária sua complementação casuística. Nessa situação, outros princípios podem ser aplicáveis.

Segundo Robert Alexy, as colisões de direitos fundamentais podem ocorrer:

- a) *em sentido estrito – quando o exercício ou a realização do direito fundamental de um titular de direitos fundamentais tem consequências*

*negativas sobre direitos de outros titulares de direitos fundamentais*¹⁵, nas seguintes hipóteses:

- a.I *idênticos os direitos*, todavia com titulares distintos (hipótese mais comum): a.I.1 de defesa liberal. Ex: dois grupos políticos antagônicos pretendem fazer manifestação no mesmo local e hora; a.I.2 contrapondo-se a liberdade de um à defesa do outro. Ex: A hipótese de atiradores da polícia abaterem seqüestrador para proteger um refém; a.I.3 houver confronto entre a dimensão positiva e a negativa de um mesmo direito. Ex: proteção ao credo religioso, que também garante a não obrigatoriedade de o indivíduo se tornar praticante de determinada religião; a.I.4 o conflito for entre os aspectos fático e jurídico de um direito. Ex: isenção de custas processuais (previsão legal) aos reconhecidamente pobres (sob determinadas circunstâncias).

¹³ FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: Preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 243.

¹⁴ Possuem alto grau valorativo e incidem em diversos graus sobre uma mesma situação e, por isso, freqüentemente colidem, devendo o intérprete buscar-lhes o equilíbrio.

¹⁵ ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 271, p. 67-79, jul./set. 1999.

a. II direitos fundamentais distintos. Ex: liberdade de expressão X direito à imagem.

- b) **em sentido amplo, quando estiverem em confronto um direito fundamental e um interesse coletivo.** Pode-se tomar como exemplos: direito de propriedade X proteção ao meio ambiente; livre iniciativa X defesa dos trabalhadores; e direito de liberdade de exercício profissional X direito à saúde, que gera a obrigação de as indústrias fabricantes de cigarros advertirem seus consumidores dos males à saúde que a ingestão de nicotina acarreta.¹⁶

Destaque-se que, enquanto a colisão entre regras se soluciona, segundo ALEX¹⁷, através: 1) da invalidação de uma ou de ambas as regras; 2) da declaração de inaplicabilidade ou não correspondência de uma das regras ao caso; 3) da livre ponderação de uma exceção à aplicação de uma das normas, *a colisão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação de bens.*

Assim, somente poderá haver limitações a esses direitos fundamentais quando houver necessidade de compatibilização entre eles ou, ainda, quando o próprio constituinte tiver deferido ao legislador ordinário sua regulamentação, sem que isso possa implicar, no entanto, na impossibilidade de seu exercício. Em outras palavras, podem ser estabelecidas condições para o exercício desses direitos, mas elas não podem ser intransponíveis.

4. Restrição dos Direitos Fundamentais

Quando há uma área comum de incidência dos direitos fundamentais, devem ser estes sopesados, a fim de que seja minimizada a aplicação de um para a garantia da máxima aplicação de outro. Assim, deve um ser retraído para que o outro seja maximizado.

Vieira de Andrade refere-se à consagração do *princípio da excepcionalidade da restrição*, impedindo uma relativização absoluta de direitos fundamentais, pois a limitação somente é admitida

¹⁶ Ou, ainda, diante do denominado *Estado de Direito Ecológico*, referido pelo autor, proibir manifestações de crueldade contra animais, como fez o Supremo Tribunal Federal em nosso país quando se viu diante da colisão entre o direito de livre manifestação cultural, previsto no art. 215, e o dever estatal de proteção à fauna, disposto no art. 225, § 1º, VII, ambos da CF/88. Cf. Recurso Extraordinário n. 153.531-8, decisão de 03/06/97 e publicada no DJ de 13/03/98, p. 13.

¹⁷ ALEX^Y, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 75-76.

quando realizada para fins de salvaguarda de outro interesse ou valor igualmente protegido pela Constituição.¹⁸

O mínimo deve ser mantido. E o mínimo é o limite material absoluto chamado núcleo essencial. Desta forma, esse conteúdo mínimo de direitos não pode ser solapado, é um *reduto inexpugnável*¹⁹, é o *limite dos limites*.

Aliás, é possível e legítima a edição de leis restritivas a esses direitos, desde que atendam a determinados requisitos: a) ser gerais e abstratas (proibição de leis concretas); b) não possuir efeitos retroativos; c) as restrições somente podem ocorrer até o limite da salvaguarda de outros direitos protegidos, na mesma intensidade pela Constituição; d) os direitos fundamentais não podem ter seu núcleo essencial atingido.²⁰

Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade²¹ determina o limite último da pos-

sibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental:

“O princípio da proporcionalidade constitui o instrumento para se estabelecer os limites de cada bem jurídico constitucionalmente tutelado diante do caso concreto [...] permite que a eficácia normativa dos princípios constitucionais (e dos valores que estes albergam) seja maximizada, respeitando-se, todavia, o núcleo essencial de cada qual, de modo que a superior eficácia de um princípio, como decorrência das peculiaridades do caso concreto, não leve ao aniquilamento do princípio que teve sua carga normativa diminuída.”²²

4.1 Restrições em face do interesse público

Devemos iniciar esse tópico tratando da dupla dimensionalidade/perspectiva dos direitos fundamentais.

A dimensão subjetiva retrata os direitos dos cidadãos face ao Estado (considerados o direito fundamental

¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 232.

¹⁹ Expressão de SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 60.

²⁰ ANDRADE, *op. cit.*, p. 232-233.

²¹ Através de seus elementos: adequação (aptidão para atingir o fim desejado), necessidade (inexistência de meio menos gravoso), e proporcionalidade em sentido estrito (avaliação das circunstâncias envolvidas, com a verificação de que os benefícios são superiores à oneração).

²² PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 60-61.

como bem constitucionalmente protegido pertencente à esfera dos indivíduos). Enseja, essa perspectiva, uma *pretensão* do indivíduo que se adote determinadas posturas (do poder público – *eficácia vertical*, ou dos demais particulares – *eficácia horizontal*²³). Assim, corresponde a uma ação positiva ou negativa de outrem.

A perspectiva objetiva revela a dimensão fundante do ordenamento jurídico (potencialidade normativa, pois, ao mesmo tempo que são direitos assegurados aos governados, fundamentam a ordem jurídica e servem de diretriz para os órgãos legislativos, executivos e judiciários²⁴). Assim, trata-se de uma visão dos direitos fundamentais *como princípios básicos da ordem constitucional*.²⁵ Neste aspecto, eles são vistos como valores que devem ser preservados e fomentados²⁶, servindo como um reforço à efetividade de sua dimensão subjetiva.

Ora, através dessa perspectiva objetiva, legitimam-se restrições a direitos subjetivos, *limitando o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais dos indivíduos em favor deles próprios*.²⁷ Ou, ainda, em outras palavras:

“A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também [...] contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial destes.”²⁸

Denota, a dimensão objetiva, a *eficácia irradiante* desses direitos em todas as demais normas do ordenamento. Se, por um lado, se reconhece a necessidade de defesa desses direitos (perspectiva subjetiva), por outro, não se pode perder de vista a liberdade de conformação do legislador e o

²³ Cf. CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1269-1277.

²⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 140-141.

²⁵ Cf. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, 2ª parte, p. 153.

²⁶ Nessa dimensão, eles “*transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo*.” (*Ibid.*, p. 153). Ultrapassam, portanto, a visão individualista dos mesmos.

²⁷ *Loc. Cit.*

²⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 143.

condicionamento do poder público à reserva do possível.²⁹

É da essência do referido princípio da proporcionalidade resguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sem, no entanto, se descuidar do interesse público, de forma que os mencionados direitos, em determinadas situações possam ser ponderados, e o interesse público possa ser otimizado (Ex: conflito entre segurança nacional X liberdade de informação).

Aliás, WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO informa que o Estado deve balizar os interesses individuais com os coletivos, sendo que isso acabará por restringir direitos fundamentais – que nem sempre podem ser atendidos de forma absoluta e plena, mas apenas na medida necessária para sua maior eficácia.

Destaca, ainda, o jurista destacado:

“Para que o Estado, em sua atividade, atenda aos interesses da maioria, respeitando os direitos individuais fundamentais, faz-se necessária são só a existência de normas para pautar essa atividade

que, em certos casos, nem mesmo a vontade da maioria pode derogar (Estado de Direito), como também reconhecer e lançar mão de um princípio regulativo para ponderar até que ponto vai-se dar preferência ao todo ou às partes (princípio da proporcionalidade), o que também não pode ir além de certo limite, para não retirar o mínimo necessário a uma existência humana digna de ser chamada assim.”³⁰

Conforme já destacado anteriormente, os direitos fundamentais não são absolutos pois, além de não poderem ser utilizados ilicitamente, nem isentarem da responsabilidade civil e penal os que deles abusarem, devem conviver com os demais direitos previstos na Constituição, não podendo eliminar iguais direitos de outra(s) pessoa(s) ou da coletividade.

Isso é mais acentuado se se tiver em vista a *dupla dimensionalidade* dos direitos fundamentais³¹, já referida. Assim, não há caráter absoluto nos direitos fundamentais, sendo possível seu condicionamento e até sua restrição para que sejam salvaguardados os interesses da

²⁹ Cf. BRAGA, Valeschka e Silva. O limite do controle jurisdicional em face da escassez de recursos públicos. In *Debates em Direito Público*. Ano I, n. 1, 144-155, outubro/2002. Embora um jurista renomado teça críticas severas à *falácia da ‘reserva do possível’*. Cf. KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 51-57.

³⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 85.

³¹ A dimensão subjetiva retrata os direitos dos cidadãos face ao Estado, já a objetiva revela a perspectiva fundante do ordenamento jurídico.

comunidade. Observe-se, ainda, que a sobrevivência de direitos individuais implica o respeito aos direitos alheios.

Decorre a restrição do princípio da *justiça distributiva* – pois a todos se deve conceder iguais prerrogativas e iguais sacrifícios. Seria por conta desse efeito limitante das liberdades individuais, proveniente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que se justifica, por exemplo, a exigência do uso do cinto de segurança nos veículos, da vacinação infantil e a obrigatoriedade de notificação das doenças infecciosas etc.

Aliás, a respeito da obrigatoriedade do uso do cinto de segurança, diz-se: *o livre arbítrio do condutor do veículo perde alcance diante do valor constitucional vida ou integridade física dos indivíduos, cuja proteção é requerida do Estado em cumprimento às suas finalidades*.³²

Também não se pode deixar de lado a idéia de que a própria Constituição prevê *deveres fundamentais*.

Aliás, é de se ressaltar, neste aspecto, inovador artigo de José Casalta Nabais, professor da Universidade de Coimbra, no qual se propõe que os direitos e deveres fundamentais sejam colocados no mesmo plano, deixando-se de lado o corrente esquecimento dos últimos.³³

Ora, se a cidadania envolve direitos e deveres, não se há que privilegiar os primeiros em detrimento dos últimos. Assim, ao lado dos direitos fundamentais existem, sim, com igual fundamentação constitucional, deveres fundamentais, que são caracterizados como: a) *posições jurídicas passivas*; b) autônomas em relação aos direitos fundamentais; c) subjetivas; d) individuais; e) universais; e f) permanentes.³⁴

Aliás, os *direitos fundamentais não podem existir sem deveres*.³⁵ É que não se poderiam assegurar vários dos direitos fundamentais se não existissem situações de sujeição do poder público e dos demais indivíduos à observância e fomento das referidas prerrogativas.

³² BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 130.

³³ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In *Revista da Advocacia-Geral da União*. Disponível em: http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista/05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.doc. Acesso em: 17/04/2002, 12h 45m, p. 1-18.

³⁴ *Id. ibidem.*, p. 6.

³⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 21.

Entretanto, tem a doutrina e a jurisprudência esquecido essa *face oculta dos direitos fundamentais* que, segundo CASALTA, envolve a responsabilidade e os deveres e custos que materializam esses direitos³⁶:

“A outra face ou face oculta dos direitos fundamentais revela-se nos deveres fundamentais ou custos *lato sensu* dos direitos. Os deveres ou custos dos direitos que outra coisa não são senão a responsabilidade comunitária que os indivíduos assumem ao integrar uma comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada no Estado (moderno). O que faz os indivíduos livres e responsáveis da sua comunidade.”³⁷

O Direito, entretanto, relembre-se, deve regular, equilibradamente, a relação Estado-indivíduo, de forma que as imposições estatais não ultrapassem os limites dos direitos constitucionalmente previstos em favor dos indivíduos, porquanto, apenas assim será legítimo o exercício do poder.

Por isso o administrador, o juiz e o legislador devem ter em mente que, em se tratando de direitos fundamentais, somente se admite a intervenção limitadora em casos excepcionais, em situações nas quais for imprescindível à concretização de outro bem jurídico

constitucionalmente protegido. Segundo destaca INGO SARLET:

“Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo afirmar-se que o art. 5º, §1º, da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais[...] Isso significa, em última ratio, que a lei não pode mais definir autonomamente (isto é, de forma independente da Constituição) o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram.”³⁸

E, reitere-se, em virtude da concorrência de determinadas circunstâncias, colidindo os direitos ou valores fundamentais, pode-se exigir o sacrifício parcial ou quase total (respeitado o respectivo núcleo essencial) de um direito.

A força limitadora não pode ser superior ao necessário e exigível para a realização da finalidade pública! Em determinadas circunstâncias, portanto, é possível que uma restrição imposta a direitos fundamentais seja justificada pelo interesse coletivo, pois a fase

³⁶ CF. NABAIS, José Casalta. *Op. cit.*, p. 1.

³⁷ NABAIS, *op. cit.*, p. 17.

³⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 324-325.

individualista desses direitos já há muito foi superada.

Além de, eventualmente, entrarem em conflito dois interesses públicos, por exemplo: crescimento econômico X proteção do meio ambiente ou crescimento econômico X manutenção das frentes de trabalho, onde será cabível, ainda, o sopesamento, de acordo com o bom senso e o equilíbrio.

Aliás, o interesse público pode, sim, justificar a limitação da liberdade dos cidadãos, conforme se pode extrair dos exemplos seguintes:

1) No campo *penal*³⁹, resta óbvio que a sanção deverá ser proporcional ao ilícito praticado.⁴⁰ Embora, de um lado, esteja a pretensão punitiva do Estado e, de outro, o direito de liberdade do indivíduo, o ponto de equilíbrio entre eles será encontrado, na medida

em que esta liberdade seja suprimida tão-somente quando não haja outra alternativa.

Nesse sentido, louvável a iniciativa de vários julgadores de aplicar, aos infratores, penas alternativas, suscetíveis de promover a *correção* social, sem os malefícios do confinamento. De fato, se é possível a reprimenda através de meios alternativos, como a prestação social de serviços, desnecessária a reclusão, pois esta, além de promover maior restrição à liberdade tem, muitas vezes, efeitos nocivos à reabilitação do infrator, em virtude do conhecido caráter pernicioso das penitenciárias brasileiras.

2) Para a proteção do *consumidor*, ou para garantir a livre concorrência, poderá o Poder Público promover intervenção no domínio eco-

³⁹ O Direito Penal é voltado para punir as condutas que causem ou possam causar real lesão a um bem jurídico. Segundo a concepção clássica de pena (Kant e Hegel), esta seria predominantemente, senão exclusivamente, punitiva, consistindo na *retribuição do mal pelo mal*, como um castigo proporcional à conduta ilícita e culpável dado ao agente. À medida que não evoluíram as mentalidades e a sociedade global, a pena passou a se voltar para o futuro, não para secamente retribuir o passado, mas sim evitar a prestação de novo delitos.

Como já disse Franz Von Liszt, a pena justa é aquela e somente aquela, escolhida pelo magistrado dentro de um rol de penalidades previstas, for necessária e apresentar-se como apta aos fins de prevenção e preparação do infrator para a reinserção no convívio social.

⁴⁰ Cf. HABEAS CORPUS 75889-MT, cujo Relator do acórdão foi o Ministro Maurício Corrêa, DJ 19/06/98, p. 2, no qual se tratou da aplicação de circunstância legal agravante como critério de fixação de pena-base.

nômico (v.g. ADIn n. 855⁴¹ e ADIn n. 319-DF⁴²).

Aliás, ALEXANDRE ARAGÃO dissecou a aplicação dos três elementos do Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico, da seguinte forma:

- a) A restrição à liberdade de mercado deve ser apropriada à realização dos objetivos sociais perquiridos – *adequação*;
- b) O Estado deve impor a menor restrição possível, de forma que, dentre as várias medidas aptas a realizar a finalidade pública, opte pela menos restritiva à liberdade de mercado – *necessidade*;
- c) A restrição imposta ao mercado deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado, isto é, mesmo que seja o meio menos gravoso, deve, tendo em vista

a finalidade pública almejada, ‘valer a pena’ – *proporcionalidade em sentido estrito*.⁴³

O autor elenca, ainda, os princípios de direito econômico que são derivados do *standard* referido: a) Princípio da Subsidiariedade – que implica na abstenção do Estado de intervir e regular as atividades econômicas quando as mesmas puderem ser exercidas ou auto-reguladas pelos particulares; b) Princípio da Razão Pública – somente o interesse de toda a coletividade justifica a intervenção estatal na economia; c) Princípio da Diferença – assemelhado ao princípio da isonomia, na medida em que admite o tratamento desigual aos indivíduos, desde que gere vantagens à toda a coletividade ou aos hipossuficientes.⁴⁴

⁴¹ Decisão do STF no qual se assentou que a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor acarretaria danos de incerta reparação para a economia do setor. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 01/10/93, p. 71.

⁴² Acerca do reajuste de mensalidades escolares. Acórdão Relatado pelo Min. Moreira Alves, datado de 03/03/93 e publicado no DJ de 30/04/93, p. 7563.

⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 223, p. 208-209, jan./mar. 2001. Interessante, mencionar que, no direito econômico, um dos princípios mais importantes é o da economicidade, que chega, em alguns momentos, a corresponder ao sub-critério da proporcionalidade em sentido estrito: “O princípio da economicidade é o critério que condiciona as escolhas que o mercado ou o Estado, ao regular a atividade econômica, devem fazer constantemente, de tal sorte que o *resultado final* seja sempre mais vantajoso que os custos sociais envolvidos” (FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, cap. 1, p. 32-33).

⁴⁴ ARAGÃO, *op. cit.*, p. 211.

- 3) Na esfera *previdenciária*, INGO SARLET⁴⁵ cita entendimento do Tribunal Federal Constitucional Alemão segundo o qual,

“Na determinação do conteúdo e dos limites de posições jurídicas previdenciárias, o legislador dispõe de ampla liberdade de conformação. Isto se aplica principalmente às normas que se destinam a preservar, aperfeiçoar e adaptar a realidade econômica em mutação, em benefício da coletividade, a funcionalidade e capacidade prestacional do sistema legal de previdência social. Neste sentido, a norma contida no art. 14, inc. I da Lei Fundamental também abrange a possibilidade de restringir direitos e expectativas de direitos. Conquanto tal medida sirva ao interesse comunitário e corresponda ao princípio da proporcionalidade, ao legislador não estará, em princípio, vedada a redução de prestações, bem como a alteração da amplitude de pretensões e expectativas, assim como sua adequação. Todavia, sua liberdade de atuação encontra-se reduzida, na mesma proporção em que os direitos e expectativas estão impregnados pelo vínculo pessoal da contrapartida de seu titular.”⁴⁶

Uma restrição será constitucionalmente legítima, de acordo com o *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Alemão), quando a limitação, adequação ou reformulação das prestações se revelam indispensáveis à proteção da capacidade atuarial do sistema de seguridade social. Ademais, deverão ser observados os pressupostos específicos do princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*), de modo que a medida restritiva seja a necessária e adequada ao fim almejado pelo legislador, não podendo ser excessivamente onerosa (*Belastend*) e inexistível (*Unzumutbar*).

- 4) Na esfera *administrativista*, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos administrativos somente são exercidos validamente na intensidade e extensão proporcionais ao necessário para se alcançar a finalidade pública. De fato, aos particulares, por exemplo, não pode ser imposta medida limitativa superior à necessária para a persecução do fim legal, sob pena de invalidação.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. V. Rio de Janeiro, p. 131-150, 2000, p. 140.

⁴⁶ Cf. BVerfGE 53, 257 (293), BVerfGE 58, 81 (122 e ss.) e BVerfGE 69, 272 (304).

Não haveria, pois, um *dever específico de agir por parte do Estado, uma vez que os poderes públicos gozam de discricionariedade para escolher uma das diferentes alternativas de ação que se lhes abrem, levando em conta os meios que estejam disponíveis, as colisões de direitos e interesses envolvidos e a sua escala de prioridades políticas*.⁴⁷

Aliás, se as competências administrativas somente podem ser exercidas dentro do que estabelecem as leis, desde que na extensão e na medida proporcional ao que seja demandado para a consecução da finalidade e o interesse públicos, obviamente, não serão válidas as medidas que sejam supérfluas, prescindíveis ou excessivas em relação ao que seria suficiente para o atendimento ao interesse público.

Destarte, os poderes públicos podem limitar a esfera individual dos indivíduos, desde que busque a finalidade coletiva e seja aceita a restrição, quer pela norma constitucional, quer pelo sopesamento dos bens jurídicos conflitantes.

5. Conclusão

A observância dos direitos fundamentais envolve as seguintes perspectivas:

- a) sua alta relevância na sociedade moderna e a perspectiva de que pode ser ampliado o seu rol e acrescido seu conteúdo ao longo dos tempos.
- b) eficácia horizontal e vertical, impondo-se, portanto, sua observância tanto na esfera pública como no âmbito privado.
- c) não absolutividade, pois, além de não ser possível o seu exercício ilícito e independente da observância dos direitos dos outros, serão passíveis de responsabilização civil e criminal os que deles abusarem.
- d) convivência o mais harmônica possível com os demais direitos previstos na Constituição, *não podendo eliminar* iguais direitos de outrem.
- e) respeitados os *limites iminentes* e em face de colisões com outros direitos fundamentais, faz-se necessário o sopesamento (aplicando-se o princípio da proporcionalidade).

⁴⁷ BRANCO, *op. cit.*, p. 154-155.

lidade), para avaliar qual dos envolvidos deve prevalecer em determinadas circunstâncias, podendo, inclusive, haver restrições recíprocas para garantir a observância de ambos.

f) é possível relativização dos mesmos em face de situações específicas, tais como Estado de Defesa, Estado de Sítio ou outro interesse público relevante, observada a finalidade coletiva.

Bibliografia

- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático. *In Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 271, p. 67-79, jul./set. 1999.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no direito econômico. *In Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 223, p. 208-209, jan./mar. 2001.
- BARROSO, Luís Roberto. Eficácia e efetividade do direito à liberdade. *In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. V, p. 13-24, 2000.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

- FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: Preceitos de exegese constitucional. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Direito Constitucional – estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *A filosofia do direito: aplicada ao direito processual e à teoria da Constituição*. São Paulo: Atlas, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KRELL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. In *Revista da Advocacia-Geral da União*. Disponível em: http://www.agu.gov.br/ce/cenovo/revista05042002JoseCasaltaAfaceocultadireitos_01.doc. Acesso em: 17/04/2002, 12h:45m.
- PONTES, Helenilson Cunha. *O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- . O Estado social de Direito, “A proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade”. In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. v. V. Rio de Janeiro, p. 131-150, 2000.
- SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Série Prometeu/Edições Humanidades. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário em ação civil pública n. 153.531-8/SC. Recorrente: APANDE – Associação Amigos de Petrópolis patrimônio, proteção dos animais e defesa da ecologia e outros. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator para acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 03 de junho de 1997. *Diário da Justiça*. Brasília, DF, 13 mar. 1998, p.13.

____. ____ . Processual Penal. Critério trifásico na fixação na pena-base. Sentença. Anulação. *Habeas Corpus* n. 75.889-MT. Paciente: Valdecir Marcolino Reis. Coator: Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 17 de março de 1998. *Diário da Justiça*. Brasília, DF, 19 jun. 1998, p. 24.

____. ____ . Constitucional. Comissão Parlamentar de Inquérito. Poderes de Investigação. Sigilos bancário, fiscal e telefônico. Quebra. Mandado de Segurança n. 23.452-RJ. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Junior. Impetrado: Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de setembro de 1999. *Diário da Justiça*. Brasília, DF, 12 maio 2000, p. 20.

____. ____ . Constitucional. Livre iniciativa. Reajuste mensalidades escolares. Defesa do consumidor. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 319/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – COFENEM. Requerido: Congresso Nacional e Presidente da República. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 3 de março de 1993. *Diário da Justiça*. Brasília, DF, 30 abr. 1993, p. 7563.

____. ____ . Direito do Consumidor. Pesagem de botijões de gás. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 855-2/PR. Medida Cautelar. Requerente: Confederação Nacional do Comércio. Requerido: Governador do Estado do Paraná e Assembléia Legislativa do Paraná. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 1º de julho de 1993. *Diário da Justiça*. Brasília, DF, 1 out. 1993, p. 71.